



SÄRTRYCK/OFFPRINT UR

FESTSKRIFT

TILL

PER SAMUELSSON

JURISTFÖRLAGET I LUND

2024

Redaktionskommitté

Johan Adestam, Niklas Arvidsson,
David Dryselius och Marcus Utterström

Skillnader mellan FIDIC och svenska standardavtal

Inledning

Organisationen FIDIC ger ut standardavtal med stor internationell spridning. I denna framställning jämförs svenska standardavtal för entreprenader respektive industriella anläggningar med motsvarande FIDIC-avtal.

De svenska standardavtal som jämförelsen baseras på är AB 04 och ABT 06 för entreprenader samt ABA 99 för industriella anläggningar.

Den principiella skillnaden mellan standardavtal för entreprenader och standardavtal för industriella anläggningsavtal är att de förstnämnda syftar till att reglera byggnadsverksamhet. Med byggnadsverksamhet avses här att något statistiskt (t.ex. en byggnad, väg eller bro) ska uppföras, vars kontraktsenlighet i huvudsak kan bedömas vid en besiktning. Standardavtal för industriella anläggningar syftar istället till att reglera uppförandet av en anläggning som ska producera något, t.ex. el, läkemedel eller stål. Anläggningens kontraktsenlighet måste därför i huvudsak bedömas vid olika prov som provdrift och prestandaprov. Standardavtal för entreprenader är därför i vissa avseenden annorlunda utformade än standardavtal för industriella anläggningar. Det finns dock även påtagliga likheter.

Både standardavtal för entreprenader och standardavtal för industriella anläggningar syftar övergripande till att reglera arbeten som helt eller delvis utförs på en bygg- eller anläggningsplats. Arbetena ska vara färdigställda vid en överenskommen tidpunkt men olika förhållanden på bygg- eller anläggningsplatsen kan påverka fram-

driften. I båda typerna av standardavtal finns det bestämmelser om beställarens rätt att ändra omfattningen av motpartens åtagande. Regleringen av entreprenörens/leverantörens rätt till tidsförlängning är därför en väsentlig fråga. En anslutande problematik är hur oenighet mellan parterna om påstådd rätt till tidsförlängning ska hanteras.

I Sverige har entreprenadavtalen AB 04 och ABT 06 en mycket stark ställning vid regleringen av olika former av byggnadsverksamhet. AB 04 och ABT 06 är så pass dominerande att utländska beställare som vid byggnadsverksamhet i Sverige önskar tillämpa andra villkor kan råka ut för att svenska entreprenörer vägrar att offerera. En annan effekt av AB 04:s och ABT 06:s mycket starka ställning är att det i Sverige finns en stor grupp jurister som ensidigt arbetar med just de villkoren och inte har närmare erfarenhet av hur andra närliggande standardavtal reglerar olika frågor.

För industriella anläggningar finns det inte i Sverige något standardavtal som är helt dominerande. Det vanligaste standardavtalet är sannolikt ABA 99 men även SSG 2019–03 används ibland. Det förekommer också relativt ofta att *Orgalime Turnkey Contract for Industrial Works tillämpas*.¹ Det är dock i stora delar en modifierad engelsk version av ABA 99. Även NLM 19, som i vissa delar har stora likheter med ABA 99, används ibland.²

Många svenska jurister som arbetar med industriella anläggningar är därför fast förankrade i de principer som följer av ABA 99.³

Mot ovanstående bakgrund finns det, både för entreprenadavtal och för industriella anläggningsavtal, anledning att blicka ut inter-

¹ Påståendena här bygger på Advokatfirman Lindahls erfarenhet och inte på en undersökning.

² Skillnaden är att ABA 99 utgår ifrån att parterna ska överenskomma vissa driftsegenskaper och viss prestanda för anläggningen. Sedan åvilar det leverantören att leverera den utrustning och det arbete som behövs för att klara dessa krav, oavsett om den preciserats i avtalet eller ej. NLM 19 bygger i grunden på principen att i avtalet preciserad utrustning ska levereras och monteras. Orgalime SI 14, som också används i Sverige, är i stort en engelsk översättning av NLM 19.

³ Det ska nämnas att ABT 06 ibland används även för industriella anläggningar. ABT 06 är dock villkor som är skrivna för byggnadsverksamhet och är därför inte ändamålsenliga för en industriell anläggning, som har ett stort innehåll av mekanisk och elektronisk utrustning.

nationellt och göra en jämförelse med hur motsvarande FIDIC-avtal reglerar vissa frågor.

I. Valet av FIDIC för jämförelsen med svenska standardavtal

a. Varför FIDIC-avtalen är en naturlig utgångspunkt

Om man ska jämföra de svenska standardavtalen AB 04, ABT 06 och ABA 99 med liknande internationella avtal så är FIDIC-avtalen en naturlig utgångspunkt. Inga andra standardavtal har liknande internationell spridning.

FIDIC är en förkortning av *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* och grundades år 1913. Det är en medlemsorganisation, vars medlemmar består av ca 100 nationella förbund för ”consulting engineers”.⁴ Globalt representerar medlemmarna ca 40 000 ingenjörsföretag.

Ett av syftena med grundandet av FIDIC var att ”promote in common the professional interests of consulting engineers”, vilket man bl.a. uppnår genom att ge ut standardavtal.⁵ Det första gavs ut år 1957. Antalet avtalsvarianter som FIDIC ger ut har sedan löpande utökats. Dessa är till stor del baserade på engelska avtalstraditioner. En tidigare medlem i FIDIC:s *Contract Committee* (se nedan avseende denna kommitté) har uttryckt det som att villkoren är ”embedded in common law”.⁶

Användningen av FIDIC-avtalen har successivt ökat.⁷ Även om många länder har avtal som är vanligt förekommande mellan parter i just det landet, så är FIDIC:s standardavtal de som oftast används

⁴ Den svenska medlemmen är Innovationsföretagen. Innovationsföretagen är en bransch- och arbetsgivarorganisation som representerar företag inom den kunskapsintensiva tjänstesektorn.

⁵ Detta anges bl.a. i förordet till FIDIC-avtalen.

⁶ Axel Volkmar Jaeger och Götz Sebastian Hök, *FIDIC – A Guide for Practitioners* (Springer 2010), s. 99. I *The International Application of FIDIC Contracts* (Informa Law 2020), s. 9, uttrycker Donald Charrett det som att FIDIC-avtalen ”have a common law pedigree”.

⁷ År 2012 så beräknade FIDIC att 1,5 miljoner människor arbetade med den praktiska tillämpningen av FIDIC-avtal i olika entreprenad- och anläggningsprojekt.

vid internationella upphandlingar där beställaren förutsätter att anbudsgivarna kommer från olika delar av världen. FIDIC-avtalen har i stor utsträckning använts vid EU-finansierade projekt, särskilt i Östeuropa, och många FN-organ och andra internationella organisationer som OECD, ICC och ILO använder eller stödjer användningen av FIDIC.

I vissa regioner som Mellanöstern, Östeuropa och delar av Afrika är FIDIC även helt generellt de dominerande standardavtalen.⁸ Företrädare för FIDIC anser att deras villkor blivit ”*soft law*”, i betydelsen att de sätter standarden för vad som är en normal och balanserad avtalsreglering av olika frågor.⁹

Större svenska entreprenörer och leverantörer av industriella anläggningar har vid sin internationella verksamhet länge kommit i kontakt med FIDIC-avtalen. Det har dock varit ovanligt att svenska beställare använder FIDIC som avtalsvillkor. På senare tid har det emellertid blivit vanligare, särskilt om anbudsfrågan ska gå ut internationellt. Detta gäller framförallt, men inte bara, för industriella anläggningar. Från entreprenadsidan kan noteras att Trafikverkets chefjurist i en intervju nyligen nämnt att verket framöver kommer att använda FIDIC-avtal för vissa upphandlingar.¹⁰ Den huvudsakliga anledningen för Trafikverket att frånga AB 04 och ABT 06 till förmån för FIDIC-avtal angavs i intervjun vara en önskan att locka fler internationella aktörer att lämna anbud.

b. FIDIC:s standardavtal

FIDIC ger som sagt ut flera olika standardavtal. På grund av att de alla har olika färg på omslaget brukar de kallas för ”*the Rain-*

⁸ Det brukar allmänt och svepande sägas att ”*hela Dubai har byggts på FIDIC-avtal*”.

⁹ Påståendet har framförts vid de årliga FIDIC-konferenser som äger rum i London. Andra aktörer inom området stödjer detta påstående. T.ex. så har de stora advokatbyråerna Fenwick Elliot och White & Case gjort liknande uttalanden. Advokatfirman Lindahl har samma syn, dock att det ska nämnas att det i vissa regioner är vanligt förekommande att beställaren genom Particular Conditions i stor utsträckning försöker ändra riskbalansen i FIDIC-avtalen.

¹⁰ Se webpublikationen ”Byggindustrin” den 23 februari 2023.

bow Suite”.¹¹ I detta sammanhang är särskilt följande FIDIC-avtal av intresse:

- *Conditions of Contract for Construction* ("FIDIC Red Book"), där utgångspunkten är att beställaren projekterat/gjort designen och att leverantören ska utföra entreprenaden/ uppföra anläggningen i enlighet med denna projektering/design. Detta avtal kan grovt sägas motsvara en utförandeentreprenad enligt AB 04, även om det är skrivet för att också kunna användas för industriella anläggningar.
- *Conditions of Contract for Plant and Design-Build* ("FIDIC Yellow Book"), där utgångspunkten är att leverantören ska designa en anläggning som ska uppfylla avtalade driftsegenskaper och avtalad prestanda. Det arbete som ska utföras kan vara en kombination av byggnadsarbeten och maskinella leveranser och installationer. Detta avtal kan grovt sägas motsvara en totalentreprenad enligt ABT 06 eller en industriell anläggningsleverans enligt ABA 99.¹²
- *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* ("FIDIC Silver Book"), som har samma utgångspunkt som Yellow Book men där riskbalansen ändrats så att risken för förseningar och kostnadsökningar i huvudsak bärs av leverantören.¹³ Någon svensk motsvarighet till detta avtal föreligger inte.

¹¹ Andra avtal som denna "suite" informellt omfattar är bl.a. Pink Book (en modifierad Red Book för användning i utvecklingsländer), Gold Book (design, build and operate), White Book (konsultavtal) och Green Book (en kortare variant av Red/Yellow Book för mindre projekt). Det ska dock noteras att det från början bara var Red, Yellow och Silver som avsågs med uttrycket.

¹² ABT 06 är skrivet för byggnadsverksamhet och inte lämpligt för industriella anläggningar. ABA 99 är skrivet för industriella anläggningar och inte lämpligt för byggnadsarbeten. Som nedan redogörs för är FIDIC Yellow Book alltså skrivet för kombinationer av dessa olika typer av arbeten.

¹³ Avtalet är framförallt framtaget för att användas när ett projekt är externt finansierat och överskridande av det initialt beräknade kontraktspriset kan leda till att det inte finns medel för slutförande av projektet. En beställare som använder FIDIC Silver Book istället för FIDIC Yellow Book måste dock räkna med att kontraktspriset blir betydligt högre, eftersom leverantören måste ha en större riskmarginal.

Huvudsyftet med framtagandet av FIDIC Red Book och FIDIC Yellow Book har enligt FIDIC varit att skapa "*balanced contracts, with a fair apportionment of risks, rights and obligations*".¹⁴ FIDIC-avtalen är dock utformade på ett sätt som skiljer sig från de svenska standardavtalen. Riskexponeringen för leverantören i FIDIC Red Book och FIDIC Yellow Book är exempelvis allmänt sett högre än vad som gäller i motsvarande svenska avtal som AB 04, ABT 06 och ABA 99. Med riskexponering avses här vilka påföljder som entreprenören/leverantören kan drabbas av vid bristande uppfyllelse av sina förpliktelser.

Trots att 1999 års versioner av de ovan angivna avtalen uppdaterades år 2017 används de äldre versionerna i mycket stor omfattning. Det bakomliggande syftet med uppdateringen år 2017 var att försöka begränsa antalet tvister i entreprenad- och anläggningsprojekt. För att uppnå detta syfte gjordes bestämmelserna "*more prescriptive*"¹⁵, d.v.s. betydligt längre, samt infördes omfattande preklusionsregler för olika typer av krav mellan parterna. Dessa preklusionsregler kombinerades med en sträng reglering av hur underrättelser mellan parterna avseende krav måste framföras. Till skillnad från 1999 års versioner gäller preklusionsreglerna och regleringen av hur krav måste framföras också på samma sätt för beställarens krav som för leverantörens krav.

2017 års versioner av FIDIC-avtalen har blivit föremål för massiv kritik.¹⁶ Kritiken har i huvudsak fokuserats på två frågor:

- Bestämmelser som i 1999 års versioner var korta, välskrivna och lättförståeliga, har blivit långa, komplexa och svårförståeliga.

¹⁴ Detta påpekas ofta vid de årliga FIDIC-konferenserna i London men anges även i Ellis Baker m.fl. i *FIDIC Contracts: Law and Practice* (Informa 2009), s. 17.

¹⁵ Presentation av Siobhan Fahey, medlem i FIDIC:s *Contracts Committee*, vid FIDIC-konferensen i december 2017, då de nya avtalsversionerna presenterades.

¹⁶ Denna har på FIDIC-konferenser närmast varit hätsk. Edward Corbet, en engelsk jurist som är känd för sin FIDIC-specialisering, har i ett nyhetsbrev (*Adding the Best Bits of FIDIC 2017 to the 1999 Forms – Cherry Picking FIDIC 2017/EC/2018(10)/1/CLAL*, Corbet & Co) angivit: "*Although the 1999 forms were not perfect, most regular users seem to be agreed that they did not need 20,000 words to fix the issues*". Det sammanfattar på ett bra sätt kritiken.

- Preklusionsreglerna och regleringen av hur underrättelser om krav mellan parterna måste framföras har blivit för komplexa.

Sammantaget innebär detta att de ändringar som gjorts i syfte att försöka begränsa antalet tvister bedöms kunna få motsatt effekt. Att preklusionsreglerna m.m. vid krav mellan parterna gäller på samma sätt för beställarens krav som för leverantörens krav är en annan faktor som lett till att många beställare alltså använder 1999 års versioner av FIDIC-avtalen.¹⁷

Kritiken ledde till att FIDIC i december 2022 gav ut en ny version av FIDIC Red Book, benämnd *”The Conditions of Contract for Construction Second Edition 2017, reprinted 2022 with amendments”*. Utöver en del errata från 2018 och 2019 innehåller versionen ytterligare errata samt, enligt FIDIC:s information om versionen, *”improvements & clarifications in response to industry feedback to support the increased use of 2017 contracts”*. Utgivningen av den nya editionen är ett tydligt tecken på att beställare varit obenäpna att övergå till 2017 års versioner.

De grundläggande principerna är dock i huvudsak desamma i 1999 och 2017 års versioner av FIDIC-avtalen. Vid nedanstående jämförelse med svenska standardavtal är utgångspunkten därför de mest använda versionerna från år 1999, såvida inget särskilt anges.

c. Andra internationella standardavtal

FIDIC:s främsta, och möjligtvis enda, globala konkurrent bland organisationer som ger ut standardavtal är NEC.¹⁸ På motsvarande sätt som FIDIC-avtalen är NEC-avtalen en familj av avtal för olika syften. Även om såväl användningen som den internationella spridningen av NEC-avtalen successivt ökat har de inte, som FIDIC-

¹⁷ Detta är i sig inget märkligt. Föregångarna till 1999 års versioner, 1987 års versioner, säljs fortfarande av FIDIC och en del beställare föredrar att hålla fast vid dem.

¹⁸ LOGIC, som ger ut standardavtal med särskild inriktning mot olje- och gasindustrin, och IChem, som ger ut standardavtal för den kemiska industrin, kan nog båda sägas ha viss global användning. Eftersom avtalen är inriktade mot särskilda branscher används de dock inte alls i samma omfattning som de mer generella villkor som FIDIC och NEC ger ut. Orgalime-villkoren används en del i Europa men, enligt Advokatfirman Lindahls erfarenhet, mycket sällan i andra delar av världen.

avtalen, prägel av att framförallt vara skrivna för internationella upphandlingar där beställaren förutsätter att anbudsgivarna kommer från olika delar av världen. NEC-avtalen knyter an till ett brittiskt politiskt initiativ och har mer prägel av att vara ett standardavtal som tar särskild hänsyn till vissa förhållanden i Storbritannien.¹⁹ De har också använts i några mycket stora brittiska projekt.

NEC:s *Engineering and Construction Contract* är i ett avtal en motsvarighet till både FIDIC Red Book och FIDIC Yellow Book.²⁰ Det är i vissa avseenden väsentligen annorlunda utformat än jämförbara avtal som de nämnda från FIDIC och *Orgalime Turnkey Contract for Industrial Works*. Enligt organisationen NEC innebär den avvikande utformningen av villkoren att de blir lättare att förstå av personer som inte är vana vid kontraktsspråk. Jurister som är vana vid ”normal” kontraktstext på engelska reagerar dock oftast negativt på NEC:s avvikande utformning.²¹

¹⁹ På grund av stora problem med tvister och kostnadsökningar m.m. inom entreprenadbranschen så tillsatte Storbritanniens regering en utredning för att undersöka branschens upphandlingsprocedurer och kontraktsupplägg, i syfte att hitta förbättringar. Det resulterade i den s.k. *Latham Report*, som offentliggjordes i juli 1994. Rapporten angav att andra samarbetsformer mellan beställare och leverantör än de traditionella behövdes. Det angavs också att ”a set of basic principles is required on which modern contract should be based”. Vid tidpunkten för rapporten fanns den första versionen av NEC:s *Engineering and Construction Contract*. *Latham Report* ansåg att principerna i det standardavtalet låg närmst det arbets sätt mellan parterna som utredningen förespråkade och rekommenderade därför användning av det. De senare versionerna av NEC:s *Engineering and Construction Contract* knyter an till rekommendationerna i *Latham Report*. Samverkan mellan NEC och den brittiska regeringen framgår också av omslaget till den tredje utgåvan (NEC3) av *Engineering and Construction Contract*, där det anges att *Cabinet Office UK*, genom dess *Construction Client's Board*, rekommenderar ”public sector organisations [to] use the NEC3 contracts when procuring construction”. Härutöver har förordet, som påpekar behovet i Storbritannien av ”shifting mind-set, attitude and behaviour”, skrivits av *UK Government's Chief Construction Advisor* Peter Hansford.

²⁰ Villkoren kan alltså användas både om beställaren gjort designen och om det åvilat leverantören att designa anläggningen. De kan också användas oavsett om det rör en entreprenad eller en industriell anläggning. NEC:s *Engineering and Construction Contract* benämndes tidigare ”*The New Engineering Contract*” och har nyligen uppdaterats från NEC3 till en NEC4-version.

²¹ Organisationen NEC har i informationen om avtalet sammanfattat detta på följande sätt: ”To a person used to using more traditional forms of contract, the simplicity and clarity of the ECC may not be immediately apparent. This is because it uses words

Vid en jämförelse mellan svenska och internationella standardavtal är det därför bättre att utgå ifrån FIDIC-avtalen, som både har större global spridning och inte avsiktligt försökt utforma villkoren på ett sätt som avviker från sedvanligt kontraktsspråk.

2. FIDIC:s metod för framtagande av standardavtal

a. Inledning

Standardavtal kan tas fram på olika sätt. Beroende på hur de tas fram så påverkas resultatet, ofta markant.

Om ett standardavtal förhandlats fram av en organisation eller kommitté som består av företrädare för både entreprenörer/leverantörer och beställare präglas villkoren ofta av olika typer av kompromisser. Eftersom AB 04 och ABT 06 är ett resultat av kompromissande mellan beställare och leverantörer i Byggnads Kontraktskommitté innehåller villkoren också, som väl känt, regleringar som vid en objektiv betraktelse inte är de mest ändamålsenliga. Villkoren innehåller även otydliga regleringar som i onödan kan leda till tvister.

Om ett standardavtal i stället tas fram av en leverantörsorganisation – eller en organisation vars medlemmar framförallt är leverantörer – så tenderar villkoren att vara tydligare men samtidigt ha mer omfattande ansvarsfriskrivningar och ansvarsbegränsningar till förmån för leverantören. Dessa friskrivningar och ansvarsbegränsningar kan vid en objektiv betraktelse framstå som orimligt förmånliga för leverantören. ABA 99 och NLM 19 är exempel på sådana avtal.

FIDIC-avtalen har tagits fram genom en annan metod än de ovan angivna.

and grammar that, although common in everyday speech and writing, are not usually found in formal contract documents or other legal papers. The contract also uses a number of newly defined expressions that the more experienced reader may not be familiar with.”

b. Hur FIDIC-avtalen tagits fram

FIDIC är en organisation för ”*consulting engineers*”. I inledningsfasen av arbetet med ett nytt avtal är det därför framförallt erfarna projektledare och ”*Engineers*” (se nedan avseende detta särskilda kännetecken för FIDIC-avtalen) med ingenjörsbakgrund som under översyn av FIDIC:s *Contracts Committee* tar fram de första utkasterna. För att uppnå den princip som fram till 2017 års versioner var viktig för FIDIC, nämligen att alla bestämmelser skulle vara korta och enkla, kopplas jurister först in på ett senare stadium i utkastarbetet. När ett utkast som fått initialt godkännande av *Contracts Committee* föreligger så blir det föremål för en omfattande s.k. ”*friendly review*” av olika personer, både jurister och ingenjörer, och organisationer över hela världen.²² De synpunkter som på så sätt erhålls granskas, varefter ett slutligt förslag tas fram för godkännande av *Contracts Committee*.

Det som skiljer FIDIC:s metod för framtagande av villkor från det arbete som sker i Byggandets Kontraktskommitté eller inom leverantörsorganisationer är alltså att det varken handlar om att typiska beställare och typiska entreprenörer/leverantörer ska försöka komma överens eller om att se villkoren mer ensidigt från en parts perspektiv. Istället är det framförallt ingenjörer med omfattande erfarenhet av stora entreprenad- och industriprojekt som funderar över hur ett avtal bör vara uppbyggt för att främja ett bra projektgenomförande och skapa en rimlig riskbalans mellan parterna. För detaljutformningen av bestämmelserna har dessa erfarna ingenjörer sedan hjälp av jurister.

Eftersom FIDIC vid sin framtagandeprocess har som utgångspunkt att villkoren framförallt ska användas vid internationella anbudsfrågningar utgår FIDIC ifrån att viss anpassning av dem kan behövas m.h.t. förhållanden i det land där anläggningsplatsen finns. Villkoren kan också behöva viss anpassning beroende på vilket lands lag som ska tillämpas på avtalet.²³

²² Vid framtagandet av 1999 års FIDIC Yellow Book lämnade t.ex. International Bar Association, Asian Development Bank och World Bank synpunkter.

²³ FIDIC-avtalen innehåller en rådgivande *Guidance for the Preparation of Particular Conditions*, där detta särskilt påpekas under avsnitt *Introduction*.

FIDIC:s arbetssätt vid framtagandet av nya villkor har fram till 2017 års versioner resulterat i avtalsprodukter som objektivt sett får anses mycket bra, i betydelsen att bestämmelserna varit ändamålsenliga och inte lämnat så stort utrymme för olika tolkningar. Varför utfallet av 2017 års uppdatering lett till ett helt annat resultat är oklart.²⁴

3. Skillnader mellan FIDIC-avtalen och svenska standardavtal

a. Inledning

Vi ska nu övergå till att se hur några vanligt förekommande situationer vid entreprenader och industriella anläggningsprojekt regleras i FIDIC jämfört med de svenska standardavtalen. För denna jämförelse ska först följande nämnas.

- AB 04 är framtaget för en s.k. utförandeentreprenad, där beställaren svarar för projekteringen och entreprenörens huvudsakliga skyldighet är att utföra entreprenaden i enlighet med de handlingar som beställaren tillhandahållit.
- ABT 06 är framtaget för en s.k. totalentreprenad, där entreprenören svarar för projekteringen utifrån beställarens funktionskrav och är ansvarig för att entreprenaden uppfyller dessa krav.

²⁴ Det har påståtts att FIDIC känt sin ställning som utgivare av de ledande globala avtalen ”hotad” av NEC:s ökade internationella användning och därför ville göra något mer radikalt än en mindre uppdatering. Det är dock för författaren av denna artikel obekräftade rykten. Edward Corbet har i FIDIC 2017 A Practical Legal Guide (Corbett & Co 2020), s. vii, angett följande ”*A task group went to work over a number of years and did a great deal of additional drafting but without concluding the task. Patience at FIDIC ran out and the Contracts Committee took over ... Quality control mechanisms that had served FIDIC well in the past did not operate effectively for the 2017 books. Regrettably, this is apparent in the results. This commentator was one unwelcome voice that advised FIDIC not to publish without a thorough review and revision.*”

- AB 04 och ABT 06 är framtagna för byggnadsverksamhet och inte avsedda att användas vid uppförandet av en industriell anläggning.²⁵
- ABA 99 är framtaget för industriella anläggningar, med stort innehåll av mekanisk och elektronisk utrustning, och inte avsett att användas vid byggnadsverksamhet.²⁶ ABA 99 bygger på principen att parterna ska komma överens om vissa driftsegenskaper och viss prestanda. Det åvilar sedan leverantören att designa och uppföra en anläggning som klarar dessa krav.²⁷

För en svensk beställare som ska uppföra en helt ny industriell anläggning, innefattande både uppförandet av en större byggnad och leverans och installation av den mekaniska och elektroniska utrustning m.m. som behövs för den industriella produktionen, finns det alltså inget lämpligt svenskt standardavtal att tillgå. I praktiken löses detta oftast genom att beställaren tecknar avtal avseende byggnaden med en entreprenör på AB 04 eller ABT 06 och sedan tecknar ett annat avtal på t.ex. ABA 99 med en industriell aktör. En sådan uppdelning har dock nackdelen att beställaren allokera risk till sig själv. Om entreprenören t.ex. blir försenad med byggnaden så

²⁵ I samband med utgivandet av AB 72, föregångare till dagens AB 04, gavs en omfattande kommentar till bestämmelserna ut (MOTIV 72), vari följande angavs, s. 17: *”Kontraktskommittén har icke ansett sig kunna beakta de särskilda frågor som uppträder vid leveranser av maskinutrustning kombinerat med ett montageåtagande ... Sammanfattningsvis kan man alltså säga att AB 72 är utarbetade för tillämpning vid entreprenader hänförliga till byggnadsverksamhet i vidsträckt bemärkelse, men icke för leveranser av maskinutrustning och dylikt, där leverantören åtagit sig att jämväl utföra ett montage”*. Det gäller även för de nuvarande versionerna AB 04 och ABT 06.

²⁶ Avseende ABA 99 betonas detta särskilt i den allmänna informationen om avtalet. Här finns en märklig motsättning mot informationen om Orgalime Turnkey Contract for Industrial Works, som alltså i stora delar är en modifierad engelsk version av ABA 99. Där betonas istället att villkoren har beteckningen *”turnkey”* bl.a. för att de kan användas för en anläggning som innefattar byggnadsarbeten.

²⁷ I avtal för byggnadsverksamhet används uttrycket *”projektera”*, medan man vid industriella anläggningsavtal brukar tala om *”design”*. Båda uttrycken används i ungefär samma betydelse, att tekniska lösningar och ritningar ska tas fram som entreprenaden/anläggningen ska uppföras enligt och resultera i att entreprenaden/anläggningen klarar avtalets funktionskrav.

kommer beställaren att vara ansvarig för den förseningen i relation till den industriella aktören.²⁸

FIDIC Yellow Book är skrivet för en kombination av byggnadsarbeten och leverans och installation av mekanisk och elektronisk utrustning m.m. FIDIC uttrycker det så att villkoren är skrivna för leveranser som ”*may include any combination of civil, mechanical, electrical and/or construction works*”.²⁹

Vid en jämförelse mellan de svenska standardavtalen och FIDIC-avtalen så kan det alltså inledningsvis konstateras att FIDIC Yellow Book fyller en lucka i det svenska utbudet av standardavtal.

Av utrymmesskäl koncentreras den följande framställningen på en jämförelse mellan FIDIC Yellow Book och de svenska standardavtalen ABT 06 och ABA 99, eftersom de alla bygger på principen att beställaren anger funktionskrav och att projekterings/designansvaret åvilar entreprenören/leverantören. Det har dock inte, annat än på detaljnivå, någon större betydelse för de frågor som nedan belyses. Liksom AB 04 och ABT 06 så är FIDIC Red Book och FIDIC Yellow Book skrivna som ett ”*matching set*”, d.v.s. alla bestämmelser som kan vara likadana med hänsyn till vilken part som svarar för projekteringen/designen är också likadana. Utfallet i frågorna nedan blir därför i stort detsamma vid en jämförelse mellan AB 04 och FIDIC Red Book, d.v.s. vid en jämförelse mellan villkor som bygger på principen att beställaren svarar för projekteringen/designen och entreprenörens huvudsakliga skyldighet är att utföra entreprenaden/anläggningen i enlighet med de handlingar som beställaren tillhandahållit.

I ABT 06 benämnes den part som utför byggnadsarbetena ”entreprenören”. I ABA 99 benämnes den part som uppför den industriella anläggningen ”leverantören”. I FIDIC Yellow Book är motsva-

²⁸ Internationellt löses denna fråga ofta genom att byggentreprenören och den industriella aktören ingår ett konsortieavtal och att en av parterna (internt/slutet konsortium) eller båda (öppet/externt konsortium) sedan ingår avtal om hela anläggningen med beställaren. Större svenska leverantörer av industriella anläggningar med internationell verksamhet är mycket vana vid att arbeta så. Sådana lösningar synes dock vara ovanliga i Sverige, förmodligen för att avtalsvillkoren mot beställaren då sällan blir ABT 06 och att svenska entreprenörer inte är så benägna att godta andra villkor.

²⁹ Detta anges särskilt i förordet till FIDIC Yellow Book.

rande benämning ”*the Contractor*”. För att förenkla framställningen benämns nedan den part som utför arbetena som ”leverantören”, oavsett beteckningen i aktuellt standardavtal. På motsvarande sätt benämns nedan det arbete som leverantören ska utföra för ”anläggningen”, oavsett om beteckningen i aktuellt avtal är ”kontraktarbeten” eller ”*the Works*”.

b. Begäran om tidsförlängning

Inledning

Både vid entreprenader och industriella anläggningsleveranser är det mycket vanligt att leverantören begär tidsförlängning, ofta kopplat till ett krav på ersättning för den merkostnad som förseningen innebär. De omständigheter som berättigar leverantören till tidsförlängning och kostnadsersättning är på en övergripande principiell nivå relativt likartade i FIDIC Yellow Book jämfört med ABT 06 och ABA 99. I frågorna om när en begäran om tidsförlängning måste framställas och hur begäran sedan ska hanteras finns emellertid betydande skillnader.

Tidsfrister för begäran om tidsförlängning

Enligt kap. 4 § 4 i ABT 06 ska part ”*utan dröjsmål*” underrätta motparten om förhållande som parten insett eller bort inse skulle medföra rubbning av tidplan eller försening av entreprenaden.

Enligt punkt 9.4 i ABA 99 ska leverantören framställa begäran om tidsförlängning ”*utan oskäligt uppehåll*” efter det att leverantören insåg eller bort inse behovet av sådan tidsförlängning.

Enligt Sub-Clause 20.1 i FIDIC Yellow Book måste leverantören framställa begäran om tidsförlängning *inom 28 dagar* från det att leverantören blev medveten om eller borde ha blivit medveten om den omständighet som begäran grundar sig på.³⁰

I samtliga fall anger standardavtalen att leverantören förlorar sin rätt till tidsförlängning för aktuell omständighet om inte fristerna ovan iakttas (med det undantag som följer av fotnot 31).

³⁰ Hur den efterföljande hanteringen av en sådan begäran ska gå till är en av de största skillnaderna mellan 1999 års och 2017 års version av FIDIC Yellow Book. Här är utgångspunkten regleringen i 1999 års version.

Tidsfrister som inte är fast angivna till ett visst antal dagar innebär självfallet att parterna kan tolka aktuell frist olika. Det gäller t.ex. ett uttryck som ”utan dröjsmål”, där det är mycket vanligt att parter har olika uppfattning om vad uttrycket i det enskilda fallet ska betyda.³¹ FIDIC:s reglering med en fast angivelse av tidsfristen för begäran om tidsförlängning är bättre och undanröjer onödiga tvister om tidsfristens längd.³² Det ska dock noteras att frågan om från vilken tidpunkt fristen om 28 dagar ska räknas ifrån alltså kan bli en tvistefråga.³³

Vanlig orsak till större tvister i entreprenader och industriella anläggningsleveranser

Innan vi övergår till att belysa skillnaderna i metod för att lösa oenighet i frågor om begärd tidsförlängning så ska, som bakgrund till varför de olika metoderna får stor praktisk betydelse, en vanlig orsak till större tvister i entreprenader och industriella anläggningsleveranser nämnas.

Om det i inledningsskedet av en större entreprenad eller industriell anläggningsleverans uppstår en förseningsfråga som inte löses av parterna medför det ofta negativa följdverkningar. Låt oss säga att leverantören tidigt under ett större projekt gör gällande rätt till åtta månaders tidsförlängning, beställaren säger nej till begäran och parterna inte kan komma överens i frågan. Det leder ofta till att parterna kommer att förhålla sig till två olika tidplaner, med åtta månaders skillnad inte bara avseende färdigställandetidpunkten utan också för alla aktiviteter längs vägen dit. Många samband mellan leverantörens åtaganden och beställarens åtaganden – och sam-

³¹ I ABT 06 blir saken inte bättre av undantaget ”annat än om motparten insett eller bort inse” att förhållandet inverkar på tidplanen. Detta är ett typexempel på ett olyckligt kompromissande i Bygandets Kontraktskommitté.

³² När ABA 99 används är det vanligt att parterna i ett tillägg bl.a. preciserar fristen för begäran om tidsförlängning. Ulf Contman, som deltog i den arbetsgrupp som tog fram ABA 99, får i sin bok ”Kommentarer till ABA 99” förstås som att han anser att det är en brist att ABA 99 inte har en mer preciserad frist, se s. 96.

³³ Beställare tenderar att räkna fristen omgående från när aktuell omständighet inträffade. Leverantörer tenderar att utgå ifrån att viss tid kan förflyta innan de bör förstå att aktuell omständighet påverkar tidplanen. Från ett generellt perspektiv finns det mycket som talar för att leverantörernas inställning är mer korrekt.

band med åtaganden för andra leverantörer som beställaren anlitar – kommer då att tappas. Det leder ofta till att leverantören återkommer och begär ytterligare tidsförlängning, vilket förorsakar olika krav på ekonomisk kompensation mellan parterna. Detta scenario är en vanlig orsak till att större projekt ”går snett” och antingen leder till mycket omfattande och betungande diskussioner mellan parterna eller till rättslig tvist.³⁴

Behandlingen av leverantörens begäran om tidsförlängning

Om leverantören gör gällande en rätt till tidsförlängning så anger ABT 06 i kap. 4 § 5 att parterna ska ”försöka komma överens om den ändring av kontraktstiden som förhållandena föranleder”. ABA 99 innehåller ingen liknande bestämmelse men det är underförstått att så är tänkt att ske.

Om parterna inte kan komma överens så finns det under ABA 99 och ABT 06 ingen annan utväg än att få frågan rättsligt prövad.³⁵ I praktiken är det mycket sällan så sker under pågående projektgenomförande. Frågan aktualiseras senare, när övertagandet/godkännandet vid slutbesiktning blivit försenat och beställaren gör gällande förseningspåföljder. På sätt som ovan anges har den olösta frågan då oftast fått negativa följdverkningar och antalet tvistefrågor ökats.

FIDIC Yellow Book har en helt annan reglering. I ovan angivna situation – och i princip alla situationer under kontraktsgenomförandet där parterna kan ha olika uppfattningar – föreskrivs en annan metod.³⁶ Avtalet bygger på att beställaren vid kontraktstecknandet utser *the Engineer*, som inte är part i avtalet men har rollen som

³⁴ Det ska noteras att exemplet är förenklat. Det kan oavsett oenighet i frågan om tidsförlängning finnas skyldighet för leverantören att upprätta en justerad tidplan som utvisar den faktiska situationen och beställare kan rent praktiskt agera på den faktiska situationen. Även om så är fallet kommer de problem som situationen med oenighet i frågan om tidsförlängning skapar inte helt att undanröjas.

³⁵ Den förenklade tvistelösning som anges i kapitel 10 i ABT 06 kan sägas vara en typ av skiljeförfarande och har likheter med SCC:s regler för förenklat skiljeförfarande.

³⁶ Detsamma gäller för FIDIC Red Book men inte för FIDIC Silver Book. Eftersom i princip all risk placerats hos leverantören i Silver Book behövs inte den typ av löpande avgöranden som är det grundläggande syftet med bestämmelserna om *the Engineer*.

contract administrator och dels företräder beställaren för avtalets fullgörande, dels löpande fattar beslut i olika frågor där parterna har olika uppfattningar och inte kan enas. *The Engineer* har alltså en dubbel roll där hen ibland ska företräda beställarens intressen och ibland ska fatta beslut. I det senare fallet ska *the Engineer* vara en ”*fair decision-maker*” och ”*make a fair determination in accordance with the Contract, taking due regard of all relevant circumstances*”.³⁷ Detta är vad FIDIC benämner ”*the duality of the role*” och en sådan roll är i stort främmande för såväl svensk som kontinentaleuropeisk avtalstradition.³⁸ I Storbritannien har en sådan *contracts administrator* emellertid en lång tradition. Det är t.ex. ingen slump att även NEC:s *Engineering and Construction Contract* har en liknande systematik, dock att benämningen där inte är *the Engineer* utan ”*the Project Manager*”.³⁹ I andra brittiska avtal kan benämningen vara ”*the Architect*”.

Jämfört med ABT 06 och ABA 99 finns det en betydande praktisk fördel med FIDIC:s metod. Den ovan beskrivna typsituationen som ofta leder till tvist uppkommer inte under FIDIC Yellow Book. När leverantörens ursprungliga begäran om åtta månaders tidsförlängning inkommer och parterna inte kan komma överens så ska *the Engineer* inom kort tid pröva frågan och fatta beslut. Även om beslutet kan överprövas av en ”*Dispute Adjudication Board*” (se vidare nedan) blir det omgående gällande för parterna, intill dess något annat eventuellt meddelas. Om *the Engineers* beslut i den ovan angivna typsituationen t.ex. blir att leverantören har rätt till tre månaders tidsförlängning måste både leverantören och beställaren omgående följa det och kan därför göra en ny gemensam tidplan där alla samband stämmer överens.

³⁷ FIDIC Yellow Book 1999. I 2017 års version används lite annorlunda uttryck som syftar till att ytterligare understryka vikten av att *the Engineer* i denna situation är opartisk.

³⁸ Besiktningssmannen i AB 04/ABT 06 har inte uppgiften att under projektgenomförandet på olika sätt företräda beställaren och är inte heller beslutsfattare i andra frågor än de som är föremål för olika typer av besiktning.

³⁹ NEC har även ett lite annorlunda synsätt än FIDIC i frågan om hur oberoende *the Project Manager* ska vara i förhållande till beställaren.

FIDIC:s metod har alltså betydande praktiska fördelar för båda parter när oenighet om en leverantörs begäran om tidsförlängning föreligger.

c. Mer om the Engineer och fördelarna med FIDIC:s metod

Allmänt

Under genomförandet av en större entreprenad eller ett större industriellt anläggningsprojekt uppstår även andra frågor där parterna kan ha olika uppfattningar. Det rör t.ex. frågor om hur tekniska uppgifter i olika kontraktshandlingar ska gälla i förhållande till varandra, om viss maskinell utrustning klarat s.k. *Factory Acceptance Test*, vilken ersättning som leverantören är berättigad till vid ändringar (som industrins avtal kallar det) respektive ÄTA-arbeten (som entreprenadavtalen kallar det), om svetsningsarbeten utförts kontraktsenligt så att säker uppstart av anläggningen kan ske, om anläggningen klarat provdriften och om anläggningen i övrigt uppfyller avtalade krav.

Om sådana frågor inte successivt löses kan också de leda till att olika typer av krav mellan parterna ackumuleras. Det kan få stor negativ påverkan på framdriften av arbetena. Med undantag av att:

- (i) ABT 06 i frågor som kan besiktigas har ett besiktningsförfarande där en besiktningsman, som inte är part i avtalet, har (den initiala) bestämmanderätten, och
- (ii) ABA 99 i frågor om värderingen av ändringar eller vid oenighet huruvida visst arbetsmoment ingår i anläggningen eller ej har en procedur med en oberoende expert,

finns det i ovanstående exempel och andra frågor inte i de svenska standardavtalen någon särskild procedur eller metod när parterna har olika uppfattningar. ABT 06 och ABA 99 använder genomgående ett kontraktsspråk som lämnar utrymme för parterna att göra olika bedömningar och om parterna slutligen inte kan komma överens så får frågan lösas genom ett rättsligt förfarande.

FIDIC:s metod med *the Engineer* undviker i sådana frågor att lösningar mellan parterna uppstår. Mycket förenklat kan sägas att *the Engineer* i nästan alla frågor under avtalet där parterna har olika

uppfattning får samma roll som besiktningsmannen har i ABT 06 i frågan om entreprenaden kan godkännas vid slutbesiktningen eller ej. Därmed blir alla frågor successivt lösta, i stället för att ”samlas på hög” till en framtida tänkt slutreglering. På så sätt undviks de negativa följdverkningar för projektgenomförandet som ofta blir resultatet av en mängd olösta frågor.

Även om *the Engineers* beslut i olika frågor blir omedelbart gällande är det inte slutligt. På motsvarande sätt som besiktningsmannens beslut i frågan om godkännande vid slutbesiktning under ABT 06 kan överprövas av en överbesiktningsnämnd (eller vid ett rättsligt förfarande) så kan alla beslut som *the Engineer* fattar överprövas av en *Dispute Adjudication Board* (DAB).⁴⁰ Det finns inte någon tidsfrist i FIDIC Yellow Book inom vilken en fråga måste hänskjutas till DAB:en. Om så sker finns emellertid en regel om att DAB:en måste avge sitt beslut inom 84 dagar från det att frågan hänsköts till den.⁴¹ Även om en fråga hänskjuts till DAB:en så gäller *the Engineers* beslut intill dess det eventuellt ändrats.

DAB:en kan bestå av en eller tre personer och utses antingen vid kontraktstecknandet eller senare, när och om behov av den uppstår. Om parterna då inte kan komma överens om vem som ska ingå i DAB:en så ska den utses på sätt som anges i kontraktshandlingen Appendix to Tender, där det som förtryckt förslag anges FIDIC:s president som den som utser. Beslut från DAB:en kan sedan överprövas vid ett skiljeförfarande enligt ICC:s regler, förutsatt att en part anmält missnöje (*Notice of Dissatisfaction*) med DAB:ens beslut inom 28 dagar.⁴² DAB:ens beslut gäller dock intill dess det eventuellt ändrats genom resultatet av skiljeförfarandet.

⁴⁰ Det använda begreppet är från FIDIC 1999. I FIDIC 2017 är begreppet ”*Dispute Avoidance and Adjudication Board*”, då tanken är att parterna även ska kunna vända sig dit för medling.

⁴¹ Att för *the Engineers* beslut införa samma regler om ”*Notice of Dissatisfaction*” som gäller för DAB:ens beslut, se nedan, är en vanlig ändring av FIDIC Yellow Book.

⁴² Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce. Ett tillägg att skiljenämnden alltid ska bestå av tre skiljemän har gjorts. Det ska dock noteras att de s.k. ”*Emergency Arbitrator Provisions*” inte avtalats bort. Den part som inte är påkallande kan ha en nackdel av det.

Hur the Engineer utses och vikten av integritet

Beställaren utser *the Engineer*. Ofta är det redan då anbudsförfrågan går ut angivet vem som kommer att vara *the Engineer*. Om så inte är fallet och det inte heller vid kontraktstecknandet är klarlagt vem som ska vara *the Engineer* finns det inget i FIDIC Yellow Book som hindrar beställaren att kort därefter utse *the Engineer*. Ur ett leverantörsperspektiv är det dock ingen bra ordning.⁴³

Med den dubbla roll som *the Engineer* har under FIDIC Yellow Book, där hen ibland ska företräda beställarens intressen och ibland fatta opartiska beslut, är det självfallet så att det för parterna har stor betydelse vem som utses till *the Engineer*. Det bör vara en person som både har stor erfarenhet av aktuell typ av projekt och stor erfarenhet av FIDIC-villkoren.⁴⁴ Härutöver måste *the Engineer* ha ett stort mått av integritet. Om inte båda parter har förtroende för kompetensen och integriteten hos *the Engineer* är risken stor för att många beslut blir föremål för överprövning hos en DAB.

Vad gäller *the Engineers* integritet så är en för leverantören viktig fråga i vilken mån *the Engineer* måste inhämta beställarens godkännande innan beslut i olika frågor fattas. Utgångspunkten i FIDIC-avtalen är att *the Engineers* rätt att självständigt fatta beslut inte ska vara begränsad. Om så skulle vara fallet så anger Sub-Clause 3.1 i FIDIC Yellow Book att sådana frågor måste vara angivna i avtalet samt att beställaren ”*undertakes not to impose further constraints on the Engineer’s authority*”.

Svenska leverantörer med internationell verksamhet har nog alla stött på förhållandet att *the Engineer* inte är en oberoende och erkänt erfaren *consulting engineer*, utan visar sig ha ett släktskap eller annan

⁴³ Jeremy Glover och Simom Hughes sammanfattar detta bra i *Understanding the New FIDIC Red Book*, där de för fallet att *the Engineer* inte är namngiven i anbudshandlingarna anger ”*if he has not, then the prudent Contractor must ask legitimate questions about the nature of the project. The reputation and technical ability of the Engineer will be key to the success of any project*”.

⁴⁴ Det ska dock noteras att FIDIC Yellow Book tillåter att *the Engineer* inte anges som en utpekad fysisk person utan som ett ingenjörsföretag. I sådana fall brukar ingenjörsföretaget utse ut en senior medarbetare som ansvarig för företagets funktion som *the Engineer*.

beroendeställning till beställaren eller ägaren av beställaren.⁴⁵ I ett sådant fall blir det, oavsett hur frågan om Sub-Clause 3.1 hantearats, väldigt viktigt att DAB:en utsetts vid kontraktstecknandet och består av oberoende personer med stor erfarenhet som leverantören har förtroende för.

Det som länge hindrat svenska beställare från att använda FIDIC-avtal är nog ofta att beställarna känt att de med *the Engineers* funktion frånhämt sig kontrollen av olika frågor under projektgenomförandet.⁴⁶ Så längre *the Engineers* rätt att självständigt fatta beslut inte ändras enligt Sub-Clause 3.1 är det i sig riktigt. Samtidigt är just den orsaken till tvekan märklig. Det har ju genom AB 04 och ABT 06 och dess föregångare länge funnits en etablerad praxis i entreprenader att överlåta en av de viktigaste frågorna, godkännande vid slutbesiktning, till en utomstående person som i det avseendet har ungefär samma roll som *the Engineer*.

d. Beställarens rätt till ”*rejection*” under projektgenomförandet

Ett vanligt förekommande problem vid industriella anläggningsleveranser är att de prov och kontroller av maskinell utrustning som ska ske innan leverans till anläggningsplatsen utvisar avvikelser från avtalade krav. Det kan t.ex. avse en pump som behöver ha en viss kapacitet för att provdriften senare ska kunna godkännas och anläggningen övertas.

I ett sådant fall anger ABA 99 att leverantören utan dröjsmål ska vidta åtgärder för att avhjälpa avvikelserna. Om så inte sker drabbas leverantören dock inte av någon annan påföljd än att det till slut, när provdriften på grund av avvikelserna inte kunnat godkännas och övertagande därför inte kan ske, blir en förseningsfråga.⁴⁷ Någon

⁴⁵ Det ska också nämnas att 1999 års version av FIDIC Yellow Book inte hindrar att en anställd hos beställaren utses som *the Engineer*. Detta är dock inte något som FIDIC anser vara lämpligt och i 2017 års version har bestämmelser som försöker hindra sådana lösningar införts.

⁴⁶ Denna förmodan bygger på Advokatfirman Lindahls erfarenhet.

⁴⁷ Detta är en effekt av punkt 25.1 i ABA 99 som anger att de påföljder för kontraktsbrott som anges i bestämmelserna är uttömmande. Någon påföljd för icke åtgärdad avvikelse från prov och kontroll anges inte i ABA 99.

rätt för beställaren att åtgärda pumpen på leverantörens bekostnad föreligger inte. Rätt att åtgärda på leverantörens bekostnad föreligger endast efter övertagandet, då Avsnitt 17 Fel i Anläggningen blir tillämpligt.⁴⁸ För en beställare, som ofta har ett betydande intresse av att anläggningen blir klar i tid och inte genom förseningsvitet kompenseras fullt ut för den skada en försening innebär, är detta en mycket obekväm situation.

FIDIC Yellow Book har en väsentligt annorlunda reglering, till förmån för beställaren.

The Engineer har under Sub-Clauses 7.5 och 7.6 även under perioden fram till övertagandet rätt att underkänna maskinell utrustning (och arbete) som vid tester, eller därefter, visar sig inte uppfylla avtalets krav. Om leverantören inte åtgärdar aktuell avvikelse så kan den åtgärdas på leverantörens bekostnad. Denna rätt för beställaren innebär en helt annan situation än under de svenska standardavtalen, och då särskilt ABA 99, till undvikande av den obekväma väntan på en förmodad förseningssituation som där kan uppstå.

Den situation som ovan beskrivits avseende ABA 99 är i vissa delar densamma vid en entreprenad under ABT 06. Innan entreprenaden avlämnats eller tagits i bruk har beställaren inte rätt att enligt kap. 5 § 17 vidta åtgärder med den på entreprenörens bekostnad.⁴⁹ När ABT 06 (felaktigt) används för industriella anläggningar uppstår alltså i stort samma problematik avseende maskinell utrustning.

⁴⁸ Här bortses ifrån resonemang om att leverantören gjort sig skyldig till uppsåtligt kontraktsbrott eller grov vårdslöshet, så att punkten 25.1 inte ska äga tillämpning.

⁴⁹ Bestämmelsen i ABT 06 kap. 2 § 2 sista stycket är inte hänförlig till utrustning utan till arbetsinsatsen och avser då endast utförande i strid mot miljö- och kvalitetsplanen, inte hur arbetet i stort utförs. Inte heller reglerna om kontroll i ABT 06 kapitel 3 påverkar denna fråga. Det kan dock finnas vissa möjligheter för en beställare att innan avlämnandet avhjälpa fel på en del av entreprenaden som tagits i bruk, se Hovrätten över Skåne och Blekinge 2007-03-16 i mål nr T 1727-07. Det kan eventuellt även göras gällande att kap 5 § 17 kan tillämpas på fel som påtalats vid en förbesiktning, se Per Samuelsson, AB 04 En kommentar, s. 294.

e. Andra fördelar för beställaren med FIDIC

Till skillnad från ABA 99 så reglerar FIDIC Yellow Book inte uttömmande vilka påföljder som inträder om en part begår avtalsbrott.⁵⁰ Inom ramen för den generella ansvarsbegränsningen till förmån för leverantören (100 % av kontraktetspriset) och den generella friskrivningen för indirekta skador låter FIDIC-avtalen i viss mån bakgrundsretten vara styrande. En tidigare medlem i FIDIC:s *Contracts Committee* har i denna fråga sammanfattat vad som anges i FIDIC:s *Contracts Guide* på följande sätt: Avsikten med kontraktbestämmelserna inte är att ”*interfere with the legal remedies*”.⁵¹ Som vi nedan kommer att se kommer detta särskilt till uttryck i frågor om leverantörens ansvar för fel.

Det ovanstående är normalt en fördel för beställaren, vars huvudsakliga förpliktelse är att betala kontraktetspriset, och en nackdel för leverantören, som löper större risk att misslyckas med fullgörandet av sina många olika förpliktelser under avtalet.

Det finns härutöver en mängd olika bestämmelser i FIDIC Yellow Book som är hårdare mot leverantören än de svenska standardavtalen, särskilt ABA 99. Som exempel kan nämnas ett uttryckligt ”*fit for the purpose*” åtagande för leverantören⁵², en relativt omfattande skyldighet för leverantören att ta fram och uppdatera en tidplan med mycket detaljerade uppgifter och en rätt för beställaren att häva avtalet vid leverantörens underlåtenhet att ”*carry out any*

⁵⁰ Punkten 25.1 i ABA 99 anger bl.a. följande: ”*De påföljder för kontraktbrott som anges i dessa bestämmelser är uttömmande och parterna har inte rätt till någon ersättning vid kontraktbrott utöver vad som framgår av Avtalet.*” Sedan är det en annan sak om en part kan åberopa regler eller principer i den tillämpliga bakgrundsretten för att försöka komma till ett annat resultat. Den frågan faller utanför ramen för denna framställning.

⁵¹ Axel-Volkmar Jaeger och Götz-Sebastian Hök, FIDIC- A Guide for Practitioners s. 311. Slutsatsen stöds av Ellis Baker m.fl. i FIDIC Contracts: Law and Practice, kapitel 8. FIDIC:s *Contracts Guide* är FIDIC:s officiella kommentarer till Red, Yellow och Silver Book.

⁵² Detta syftar bl.a. till att tydliggöra att designen måste leda till att anläggningen fungerar som avsett och att leverantören inte kan frångå ansvar i denna del genom att göra gällande att designen utförts med iakttagande av en inom branschen normal aktsamhet. I ett tyskt rättsfall har leverantören också hållits ansvarig för att inte ha förvissat sig om att en av beställaren angiven vattentät betong av preciserat fabrikat verkligen var vattentät.

obligation under the Contract". Beställaren har alltså inte bara en hävningsrätt vid väsentligt avtalsbrott från leverantörens sida.

I frågor om hävning ska också noteras att beställaren under FIDIC Yellow Book har rätt att häva avtalet på grund av försening även om det avtalade förseningsvitet inte upparbetats till dess maximum. Detta liknar den reglering som finns i ABT 06, även om den där är kringskuren av den praxis som utvecklats i frågan om när väsentlig olägenhet föreligger, men är annorlunda i förhållande till ABA 99. En beställare vill av praktiska skäl sällan häva men vid diskussioner mellan parterna i frågor där oenighet föreligger har beställaren ofta förhandlingstaktiska fördelar av att kunna göra gällande (d.v.s. "hota med"), men inte utnyttja, en hävningsrätt.⁵³

4. Särskilt om felansvaret under FIDIC-avtalen

a. Inledning

Vad gäller en leverantörs felansvar så är svenska jurister inom området industriella anläggningar vana vid den s.k. industriella garantin, som såväl ABA 99 som NL 17 och NLM 19 är baserade på. Den industriella garantin innebär i korthet att:

- (i) avhjälpandeskyldigheten är utökad i förhållande till bakgrundsrättens regler men att skadeståndsansvar på grund av att fel uppstått inte kan göras gällande,⁵⁴ och
- (ii) när garantitiden löpt ut så upphör allt ansvar för leverantören, såvida inte grov vårdslöshet eller uppsåtligt agerande förevarit.

Även ABT 06 bär prägel av den industriella garantin, dock att den något mjukats upp genom att entreprenören kan bli begränsat ersättningsskyldig för skada som beror på fel eller för kostnader som

⁵³ Beställarens rätt att häva på grund av leverantörens underlåtenhet att "*carry out any obligation*" har föreslagits vara "*the most powerful general remedy for the Employer's benefit*", se Ellis Baker m.fl. i FIDIC Contracts: Law and Practice, s. 405.

⁵⁴ Det ska nämnas att detta m.h.t. ändringar i den köprättsliga lagstiftningen inte är lika relevant idag som när uttrycket "den industriella garantin" myntades.

beställaren förorsakas i samband med att ett fel avhjälpas. Ersättningskyldigheten är begränsad till 15 % av kontraktssumman.⁵⁵

FIDIC-avtalen har en helt annan reglering av felansvaret än de svenska standardavtalen, med ett helt annat principiellt synsätt. Många svenska jurister missförstår därför hur felbestämmelserna i FIDIC-avtalen ska förstås.

b. Felansvaret under FIDIC

Som ovan nämnts är FIDIC-villkoren ”*embedded in common law*”. Det gäller särskilt för regleringen av felansvaret, som helt är baserat på principer i *common law*.

Under *common law* kan beställaren vid fel bara kräva skadestånd. Någon skyldighet för leverantören att avhjälpa fel kan inte bli aktuell. Reglerna i FIDIC Yellow Book om felavhjälpande är därför tänkta som ett komplement till bakgrundsrätten, syftande till att under en viss period (*Defects Notification Period*) ge beställaren *additional contractual remedies* för ett avhjälpande. Syftet har dock inte varit att samtidigt avtala bort de påföljder på grund av fel som kan finnas i bakgrundsrätten. FIDIC har enligt ovan den generella synen att avtalsbestämmelserna inte ska ”*interfere with legal remedies*”. Om det, som i *common law*, finns en skadeståndsskyldighet vid uppkomsten av fel gäller den skadeståndsrätten sålunda parallellt med avtalets regler om avhjälpande.

Det ovanstående framgår inte uttryckligen av FIDIC Yellow Book, utan är bl.a. ett resultat av att det inte i samband med avhjälpande-reglerna finns någon skrivning av typen ”*the Contractor shall have no liability for defects save as stipulated [herein]*”⁵⁶ eller någon mer allmän skrivning av det slag som finns i punkt 25.1 i ABA 99. Eftersom de påföljder för underlåtet avhjälpande som faktiskt anges i i FIDIC Yellow Book är mycket lika de som t.ex. finns i ABA 99 (åtgärda på leverantörens bekostnad, prisavdrag, hävning vid väsentliga fel) så förleds många svenska jurister att tro att allt är som vanligt och

⁵⁵ Åtkomstkostnader och kostnader för återställande vid fel innefattas dock inte i denna begränsning. Enligt kap. 5 § 8 innefattas inte heller skada på entreprenaden på grund av fel i begränsningen.

⁵⁶ Exempeltextern är från NLM 19E.

tänker inte på att en mening av ovanstående typ saknas i regleringen av felansvaret.

Vad händer då om ett FIDIC-avtal styrs av svensk rätt? Vi har som bekant ingen dispositiv lag för entreprenader och industriella anläggningar och köplagen är normalt inte tillämplig. Vad den svenska bakgrundsretten ger vid handen i frågan om en leverantörs skadeståndsskyldighet för uppkomsten av fel i en anläggning är därför svårt att enkelt ange och faller utanför ramen för denna framställning. Det kan dock konstateras att vid en felsituation så kommer beställaren rent praktiskt att ha ett bättre läge under FIDIC Yellow Book än under t.ex. ABA 99. Under ABA 99 kan leverantören peka på bestämmelser som anger att något skadeståndsansvar för uppkomsten av fel inte föreligger. Så kommer inte vara möjligt under FIDIC Yellow Book.

c. Felansvarets längd

Svenska jurister som arbetar med industriella anläggningar är vana vid att en i avtalet bestämd garantitid, i ABA 99 två år, börjar löpa vid övertagandet av anläggningen och att leverantörens felansvar sedan upphör vid garantitidens slut. För entreprenadjurister är det lite annorlunda, eftersom ABT 06 har en ansvarstid om tio år som vid entreprenadens godkännande inleds med en garantitid om fem år (med vissa undantag). Sedan garantitiden löpt ut svarar entreprenören under resterande ansvarstid bara för väsentliga fel som har sin grund i vårdslöshet.

FIDIC Yellow Book har inte en garantitid utan en *Defects Notification Period*. Den är något annat än en garantitid av det slag som finns i de svenska standardavtalen.

Skillnaden beror på att FIDIC Yellow Book har ett annat synsätt på övertagandet än vad som är fallet i de svenska standardavtalen. Ur ett svenskt perspektiv innebär övertagandet, oavsett om det sker i form av godkänd slutbesiktning under ABT 06 eller genom godkänd provdrift m.m. under ABA 99, en typ av godkännande av anläggningen. Under ABT 06 har den godkända slutbesiktningen även en avskärande effekt på vilka fel som därefter kan göras gällande.

Under FIDIC Yellow Book är övertagandet (*Taking-over*) inte något sådant godkännande av anläggningen. Den *Defects Notification Period* som börjar löpa vid övertagandet är till för att beställaren ska kunna tillämpa sina ovan angivna *additional contractual remedies*, så att anläggningen vid periodens utgång uppfyller avtalade krav. När så är fallet ska ett *Performance Certificate* utfärdas. Utfärdandet av det certifikatet innebär:

- ett godkännande av anläggningen, och
- startpunkten för beräkningen av längden på det felansvar som följer av bakgrundsretten.

Att *Defects Notification Period* löpt ut innebär alltså inte, som man utifrån ett svenskt perspektiv lätt kan tro, att leverantörens felansvar upphört. Det innebär istället att det fortsatta felansvaret, som i FIDIC-sammanhang brukar refereras till som "*legal defects liability*", därefter helt styrs av innehållet i bakgrundsretten. FIDIC Yellow Book begränsar inte hur lång tid ett sådant ansvar kan föreligga.⁵⁷ Detta har i FIDIC:s *Contracts Guide* uttryckts som att "*No limitation on the duration of liability is contained in the General Conditions, but such a limitation may be prescribed by applicable laws*".⁵⁸

Under hur lång tid efter utfärdandet av *Performance Certificate* som leverantören har ett felansvar kommer alltså att avgöras av tillämplig bakgrunds rätt. Denna tid är olika i olika länders bakgrunds rätt och kan även variera beroende på om det rör processutrustning eller byggnader.

Vad händer då om ett FIDIC-avtal styrs av svensk rätt? Liksom i frågan om en leverantörs skadeståndsskyldighet vid uppkomsten av fel är det svårt att enkelt ange och frågan faller utanför ramen för denna framställning. Det kan dock konstateras att vid en felsituation efter *Performance Certificate* så kommer beställaren att kunna

⁵⁷ 1999 års version. I 2017 års version har vissa regler om tidsbegränsning införts.

⁵⁸ Uttalandet i FIDIC *Contracts Guide* har stöd av Ellis Baker m.fl. i *FIDIC Contracts: Law and Practice*, s. 156, som anger "*The final extinguishment of the Parties' liability is a matter to be determined in the context of the applicable law*". I *FIDIC – A Guide to Practitioners*, s. 313, uttrycker Axel-Volkmar Jaeger och Götz-Sebastian Höök det som att FIDIC Yellow Book "*do not at all regulate post contract liability issues*".

göra gällande att ett felansvar föreligger och leverantören kommer inte att kunna peka på någon bestämmelse i FIDIC Yellow Book som anger att så inte är fallet.⁵⁹

Avslutningsvis ska nämnas att *Defects Notification Period* i avtalsbilagan *Appendix to Tender* är angiven till 365 dagar. Den i förhållande till garantibestämmelserna i svenska standardavtal korta tiden pekar tydligt på FIDIC:s utgångspunkt att det även efter periodens utgång föreligger ett felansvar för leverantören.

d. Vanliga ändringar av FIDIC-avtalen

Kvalificerade leverantörer med erfarenhet av FIDIC-avtalen har god kännedom om ovanstående frågor. Det är inte ovanligt att sådana leverantörer genom avtalskommentarer önskar ändra FIDIC Yellow Book så att (i) bestämmelserna om felavhjälpande blir ”*sole and exclusive remedies*”, d.v.s. att ett skadeståndsansvar på grund av uppkomsten av fel utesluts, och (ii) felansvarets längd bestäms kontraktuellt.

Det kan av kostnadsskäl finnas anledning för en beställare att överväga vilken inställning till en sådan ändring som ska intas. När en leverantör kalkylerar sitt anbudspris så är det inte bara kostnaderna för utförandet av anläggningen som tas med i beräkningen. Beroende på avtalsvillkorens innehåll lägger leverantörer även på större eller mindre riskmarginaler. Vid osäkerhet om felansvarets innehåll eller längd kommer denna riskmarginal att bli högre.

5. Sammanfattning

FIDIC Yellow Book erbjuder en metod med *the Engineer* som innebär att frågor under avtalet där parterna har olika uppfattning successivt blir lösta. Därmed undviks de negativa följdverkningar som ofta blir resultatet av ackumulerade olösta frågor. Detta är jämfört med de svenska standardavtalen en fördel för både beställaren och leverantören.

⁵⁹ Se dock fotnot 56.

FIDIC Yellow Book är mer välskrivet än de svenska standardavtalen ABT 06 och ABA 99, i betydelsen att risken för tolkningstvister är mindre.⁶⁰ Detta är en fördel för både beställaren och för leverantören.

De svenska standardavtalen ABA 99 för industriella anläggningar och ABT 06 för entreprenader är mer leverantörsvänliga än FIDIC Yellow Book, i betydelsen att beställaren under FIDIC Yellow Book kan göra gällande fler och mer långtgående påföljder vid leverantörens bristande uppfyllelse av sina förpliktelser. Detta är en fördel för beställaren.

Utländska leverantörer har ofta god kännedom om FIDIC Yellow Book men ingen kännedom om ABT 06 eller ABA 99. Särskilt ABT 06, som jämfört med andra villkor är uppbyggt på ett avvikande "okronologiskt" sätt, kan då göra leverantörer frågande. Normalt förenklas upphandlingsprocessen om båda parter har god kännedom om de tillämpliga avtalsvillkoren.

Sammantaget bör svenska beställare inte slentrianmässigt använda ABT 06 eller ABA 99 utan överväga fördelarna med att i stället använda FIDIC Yellow Book, särskilt om anbudsförfrågan ska gå ut internationellt.

Det ska avslutningsvis noteras att jämförelsen ovan är ett urval av vissa större skillnader mellan FIDIC-avtalen och de svenska standardavtalen. Det föreligger självfallet även andra skillnader.

⁶⁰ Det ska upprepas att detta avser 1999 års version, inte 2017 års version.

